

Den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdommer

De lege lata og de lege ferenda

Kandidatnummer: 197709

Veileder: Erling Johannes Husabø



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30. mai 2014

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	2
1.1	Tema	2
1.2	Problemstilling, og avgrensning	2
1.3	Oppgavens oppbygging og metodiske tilnærming.	3
2	Historisk og komparativt perspektiv.	5
2.1	Bakgrunnen for dagens straffritaksregel.....	5
2.2	Straffeloven 2005.	6
2.3	Rettstilstanden i enkelte andre land.	7
3	Dagens straffritaksregel.....	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Jevnbyrdighet i partenes alder	10
3.3	Jevnbyrdighet i partenes utvikling.....	12
3.4	Rettens skjønnsmessige kompetanse til å la straffen falle bort	14
4	En rettspolitisk drøftelse av den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdommer.....	17
4.1	Innledning.....	17
4.2	Omfang av seksuell omgang mellom ungdommer	18
4.3	Bør den seksuelle lavalder senkes til 15 år?	21
4.4	Bør straffritaksregelen beholdes slik den er i dag?.....	22
4.5	Bør fornærmedes begjæring gjøres til vilkår for offentlig påtale ved overtredelse av strl. §§ 195 og 196.....	23
4.6	Et kritisk blikk på betegnelsen ”voldtekt” i straffeloven 2005 om seksuell omgang m.v. med barn under 14 år.....	25
5	Konklusjon	27
6	Litteraturliste	28

1 Innledning

1.1 Tema

Oppgaven handler om den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdommer. I Norge er den seksuelle lavalder 16 år, jf. lov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven) § 196 som rammer seksuell omgang med barn under 16 år. Det betyr at en person under 16 år ikke med straffriende virkning kan samtykke til å inngå seksuelle relasjoner med andre.¹ Det er altså alderen som er avgjørende for straffbarheten slik at bestemmelsene rammer både seksuell omgang som fremstår som frivillig fra den mindreåriges side og seksuell omgang oppnådd ved tvang eller misbruk av overmaktsforhold eller lignende. Ved frivillig seksuell omgang mellom ungdommer gir imidlertid strl. §§ 195 og 196 begge fjerde ledd en skjønnsmessig adgang til straffritak når partene er ”omtrent jevnbyrdig i alder og utviklig”. Regelen er en såkalt straffritaksgrunn, ved at pådratt straffansvar på visse vilkår kan falle bort. Forutsetningen om frivillighet går ikke direkte frem av bestemmelsene, men følger av lovens system ettersom manglende samtykke medfører at forholdet rammes av voldtektsbestemmelsen i strl. § 192.

1.2 Problemstilling, og avgrensning

Oppgavens hovedformål er å fastlegge, og kritisk vurdere den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdom. Med ungdom menes i denne oppgaven personer i alderen 13 til 20 år. Barn og ungdom under 16 år omtales også som mindreårige.

For det første kan det konstateres at sex og seksuallovbrudd befinner seg innenfor et område som foranlediger sterke følelser, på flere måter. Sex handler om person, kjønn, intimitet og integritet på en måte som ikke er sammenlignbar til andre handlinger.² Å bli utsatt for et seksuelt overgrep er noe av det mest inngripende et menneske kan oppleve på egen kropp og integritet. Samtidig er en domfellelse for seksuell omgang med mindreårige kanskje det mest stigmatiserende stempelen noen kan påføres i en rettsal. Sex er imidlertid ikke bare noe som er negativt når det blir påtvunget, men er hovedsaklig noe positivt, og en svært viktig del av det å være menneske. At sex ikke kan karakteriseres som noe utelukkende positivt eller utelukkende negativt utgjør med andre ord en kompliserende faktor når det gjelder bedømmingen av hvor grensen mellom tillatt seksuell omgang og overgrep skal gå.³

I dag danner den seksuelle lavalder utgangspunktet for når seksuell omgang mellom ungdommer er straffbart. Kjerneområdet til strl. §§ 195 og 196 er imidlertid ikke å regulere seksuell omgang mellom ungdom, men å verne barn mot seksuelt misbruk fra voksne. Hensynet til å verne barn mot overgrep fra voksne er en av de mest beskyttelsesverdige interessene i samfunnet, og lovgiver bør derfor gå langt i å forhindre at andre hensyn går på akkord med dette. Samtidig bør loven ta i betraktning at mange ungdommer under seksuell lavalder er seksuelt aktive, og at straffverdigheten av slike handlinger ikke er sammenlignbar

¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 28

² Asp, P. (2010) *Sex & samtykke*. Uppsala, Iustus Forlag, s. 19

³ Asp, P. (2010) *Sex & samtykke*. Uppsala, Iustus Forlag, s. 19

til de tradisjonelle overgrepstilfellene. I dag er dette hensynet ivaretatt i §§ 195 og 196 begge fjerde ledd som på visse vilkår gir hjemmel for straffritak der den ene, eller begge parter er under 16 år.

Straffelovens system, med et utgangspunkt om straffansvar, men med en skjønnsmessig adgang til straffritak har imidlertid både prinsipielle og prosessuelle problemstillinger. Et av hovedformålene med oppgaven er å diskutere hvorvidt reglene som regulerer seksuell omgang mellom ungdommer er moden for revisjon. Et sentralt spørsmål er om grensen mellom tillatt seksuell omgang og overgrep er trukket riktig, i lys av dagens samfunnsforhold og moraloppfatninger. Med dette som utgangspunkt har jeg formulert følgende problemstilling:

Hvordan er den rettslige bedømmelsen av seksuell omgang mellom ungdommer, og er denne hensiktsmessig i lys av samfunnsforholdene og moraloppfatningene i dag?

1.3 Oppgavens oppbygging og metodiske tilnærming.

Oppgaven er strukturert med to hoveddeler; en rettsdogmatisk del (kap. 3) og en rettspolitisk del (kap. 4). Strukturmessig danner den rettsdogmatiske analysen utgangspunktet for den rettspolitiske diskusjonen. I tillegg inneholder oppgaven en kort gjennomgang av den strafferettslige bedømmelsen av seksuell omgang mellom ungdommer, i et historisk og komparativt perspektiv (kap. 2). Den historiske delen tar for seg bakgrunnen for dagens straffritaksregel (kap. 2.1) og utviklingen frem til straffeloven av 2005 (kap. 2.2) og danner bakgrunn både for forståelsen av den rettsdogmatiske analysen, og for synspunktene i den rettspolitiske drøftelsen. Det komparative kapittelet (kap. 2.3) inneholder en kort gjennomgang av rettstilstanden i våre nordiske naboland. Formålet er ikke først og fremst å vurdere hvilket land som har den beste regelen, men å hente inspirasjon til en eventuell revisjon av våre egne regler. Kapittelet danner dermed bakgrunn for den rettspolitiske diskusjonen, i kap. 4.

Den første delen av problemstillingen, *"hvordan bedømmes seksuell omgang mellom ungdommer"* besvares primært i kapittel 4, som består av en analyse av straffritaksregelen. Lovens ordlyd er utgangspunktet for analysen, men også forarbeider har viktig rettskildemessig betydning ved fastlegging av regelens innhold. Ved undersøkelsen av hvordan regelen praktiseres utgjør praksis fra Høyesterett den viktigste rettskilden.⁴⁵ Jeg har tatt for meg alle Høyesterettsavgjørelser hvor straffritaksregelen har vært påberopt, siden regelen ble innført i 1963, og frem til i dag. Til sammen utgjør dette 33 avgjørelser, hvorav 16 avgjørelser gjelder strl. § 196 fjerde ledd og 17 avgjørelser gjelder § 195 fjerde ledd. Alle avgjørelsene er likevel ikke eksplisitt inntatt i oppgaven. Selv om det kun er Høyesterettsavgjørelser som har selvstendig rettskildemessig vekt kan avgjørelser fra lagmannsrettene være tjenlig for forståelsen av praksis, hvis de befinner seg innenfor Høyesteretts hovedlinje, og på den måten utfyller rettskildebildet. Jeg har derfor valgt å inkludere noen avgjørelser fra lagmannsrettene, der jeg har funnet dette hensiktsmessig.

⁴ Eckhoff, T. ved Helgesen, J.E (2001) *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget

⁵ Andenæs, M.H. (2009) *Rettskildelære*. Oslo, M.H Andenæs forlag

Den andre delen av problemstillingen, spørsmålet om bedømmelsen av seksuell omgang mellom ungdommer er *”hensiktsmessig i lys av samfunnsforholdene og oppfatningen av denne type handlinger i dag”* besvares i oppgavens rettspolitiske del (kap. 5). Denne delen bygger på det jeg har funnet ut i oppgavens rettsdogmatiske del. I tillegg utgjør mine egne vurderinger en sentral rolle.

2 Historisk og komparativt perspektiv.

2.1 Bakgrunnen for dagens straffritaksregel

Opprinnelig hadde ikke strl. §§ 195 og 196 noen unntaksregel om ungdom og straffbortfall. I 1936 rettet direktør for Botsfengselet, Ole Hartvig Nissen (1874-1945) kritikk mot datidens rettstilstand. I artikkelen "*Ved samme handling både offer og forbryder. Straffeloven § 196 en ufullstendig lovbestemmelse*" tok han til orde for at strl. §§ 195 og 196 måtte få et tillegg slik at kun den aktive part var skyldig ved seksuell omgang mellom barn under 16 år, eller der den ene parten var like over aldersgrensen, og den andre like under.

Nissen viste for det første til at datidens bestemmelser om utuktig omgang med barn under 16 år blant annet ledet til at "om en gutt paa 15 aar ber en pike paa 15 aar om samleie, og hun gaar med derpaa, gjør ikke bare han, den aktive, sig skyldig i sedelighetsforbrydelse mot barn, men ogsaa hun, den passive. Hun er altsaa paa samme tid baade fornærmet ved guttens sedelighetsforbrydelse overfor henne og selv skyldig i sedelighetsforbrydelse overfor den gutt som har fornærmet henne".⁶ Poenget er at mens den strafferettslige lavalder, jf. strl. § 46 gjør en femtenåring skyldig i overtredelse av § 196, medfører den seksuelle lavalder at femtenåringen også anses fornærmet ved overtredelsen. I 1936 var den strafferettslige lavalderen for øvrig 14 år, slik at eksempelet til Nissen også ville vært gyldig for to fjortenåringer.⁷

Videre fremholdt Nissen i artikkelen at noe mer forståelig, men fremdeles høyst støtende for den allmenne rettssans er det "naar en pike som igaar fylte 16 aar, idag gir efter for krav paa samleie for en gutt som blir 16 aar imorgen, saa er han, den aktive, overhodet ikke straffskyldig, mens hun, den passive er sedelighetsforbryder."⁸ Etter datidens rettstilstand måtte man i disse tilfellene gi straffedom eller påtaleunntatelse, noe som i begge tilfeller innebærer konstatering av skyld. Nissen viste også til et eksempel fra virkeligheten hvor en jente på knapt 15 år hadde gått med på å ha samleie med en gutt på 15 ¾ år. Påtalemyndigheten hadde besluttet å inngi påtaleunntatelse for begge parter, men Nissen påpekte urimeligheten av at jenten for alltid ville være karekterisert som skyldig i sedelighetsforbrytelse, både i strafferegisteret og i polititidende.⁹

Selv om Nissen allerede i 1936 så behovet for en særregel for seksuell omgang mellom ungdommer, kom straffritaksregelen først inn i straffeloven i 1963. I Strafferådets innstilling ble det vist til Nissens artikkel, og lagt til grunn følgende:

«Undertiden kan det forekomme tilfelle av utuktig omgjengelse hvor den ene part er litt under 14 år og den annen part like over denne aldersgrense, som også danner grensen for den kriminelle lavalder (jfr. § 46). Når det er ubetydelig aldersforskjell, vil det ikke være rimelig å straffe den part som ligger like over den kriminelle lavalder. Rådet vil foreslå at det som et nytt fjerde ledd i paragrafen blir tatt inn en regel om at straff kan falle bort når partene er

⁶ Nissen, O.H. (1936) *Ved samme handling både offer og forbryder. Straffeloven § 196 en ufullstendig lovbestemmelse*. Rettstidende 1936 s. 209.

⁷ Den strafferettslige lavalder ble hevet til 15 år ved lov 12. juni 1987 nr. 51.

⁸ Nissen, O.H. (1936) *Ved samme handling både offer og forbryder. Straffeloven § 196 en ufullstendig lovbestemmelse*. Rettstidende 1936 s. 209.

⁹ Nissen, O.H. (1936) *Ved samme handling både offer og forbryder. Straffeloven § 196 en ufullstendig lovbestemmelse*. Rettstidende 1936 s. 210.

omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Foruten alder vil det altså også være grunn til å legge vekt på partenes utvikling i fysisk og psykisk henseende.»¹⁰

Hovedformålet med straffritaksregelen var å ”gi retten adgang til å avsi frifinnelsesdom i saker som påtalemyndigheten har bragt inn for domstolene, men hvor retten finner at en straffedom vil kunne fremtre som støtende for den alminnelige rettsbevissthet, fordi partene var omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.”¹¹

Ved revisjon av straffeloven 11. august 2000 nr. 76 ble det etter forslag fra politimesteren i Troms vurdert å omformulere regelen slik at straff ikke skulle komme til anvendelse dersom partene er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Forslaget innebar altså å fjerne dommerens skjønnsmessige adgang til å vurdere hvilken løsning som er riktig i det enkelte tilfelle, jf. bestemmelsens formulering om at straff ”kan” falle bort. Departementet forkastet imidlertid forslaget og besluttet å beholde ”kan”-regelen.¹²

I relasjon til formålet med straffritaksregelen gjentok departementet det som ble lagt til grunn i forarbeidene fra 1960 og uttalte at ”[n]år gjerningsmannen og den fornærmede er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling, kan straff virke urimelig hardt og stride mot den alminnelige rettsoppfatning”.¹³ Formålet synes likevel å bli trukket noe videre ved at departementet uttalte at ”[d]et er naturlig og rimelig at unge mennesker har et visst rom for å utforske sin egen seksualitet uten at de risikerer straff”. Videre ble det lagt til grunn at straffritaksregelen er ”tilstrekkelig imøtekommende overfor ungdoms behov for å utforske sin egen seksualitet” og at ”[g]rensen på 16 år [...] dermed fremfor alt virker som et vern mot seksuell omgang med voksne”.¹⁴ Uttalelsene tyder på en utvikling i regelens formål, fra å motvirke urimelige straffedommer der partene er jevnbyrdige i alder og utvikling, til å også ivareta et behov for seksuell utforskning hos ungdom.

Selv om straffritaksregelens formål synes å ha endret seg noe har regelen stått uendret siden den ble innført i 1963. Regelens anvendelsesområde har likevel blitt utvidet. Mens straffritak tidligere bare var aktuelt ved seksuell omgang, og seksuell handling, jf. strl. §§ 195, 196 og 200 er det i dag også adgang til straffritak etter strl. § 201a. Den såkalte groomingbestemmelsen kom inn i loven i 2007 og setter straff for den som ”har avtalt et møte med et barn under 16 år, og som med forsett om å begå en handling som nevnt i §§ 195, 196 eller 200 annet ledd har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas.” Etter § 201a tredje ledd kan imidlertid straff altså falle bort dersom de som har avtalt å møtes er ”omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling”.

2.2 Straffeloven 2005.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven) skal avløse straffeloven av 1902. Loven er vedtatt, men ikke satt i kraft med unntak av kapittel 16 Folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse. Loven vil i sin helhet bli satt i kraft i 2015.

¹⁰ Innstilling fra straffelovsrådet av 17. mars 1960, s. 31-32.

¹¹ Innstilling fra straffelovsrådet av 17. mars 1960, s. 32.

¹² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 57

¹³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 57

¹⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 56

Straffeloven 2005 §§ 299-303, 307 og 308 viderefører i hovedsak innholdet i straffeloven 1902 §§ 195 og 196. Årsaken til at strl. §§ 195 og 196 er videreført gjennom syv bestemmelser er at straffeloven 2005 foretar en inndeling i ulike bestemmelser, der straffeloven 1902 foretar en inndeling i ulike ledd. For det første deler straffeloven 2005 overtredelsene inn i grove og vanlige, der straffeloven 1902 §§ 195 og 196 hever strafferammen etter annet ledd. Reglene om minstestraff og aktsomhet om barnets alder er også skilt ut i egne bestemmelser.

Straffritaksregelen er videreført i strl. 2005 § 308. Bestemmelsen har overskriften ”Mulighet for straffbortfall” og bestemmer at ”[s]traff etter bestemmelsene i §§ 299-304, 305 bokstav b annet alternativ og 306 kan falle bort eller settes under minstestrafen i § 300 dersom de involverte er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.” Straffritaksbestemmelsen er altså generell og gjelder ved siden av seksuell omgang også for seksuell handling (§ 304), seksuelt krenkende adferd (§ 305), og avtale om møte for å begå seksuelle overgrep (§ 306).

Helt nytt av straffeloven 2005 er det at seksuell omgang med barn under 14 år betegnes som ”voldtekt av barn under 14 år”, jf. § 299 og 301. ”Voldtekt” brukes altså om enhver form for seksuell omgang og kvalifisert seksuell handling med barn under 14 år, uavhengig av hvordan den seksuelle omgang eller handling er oppnådd. Likevel medfører endringen at § 299 og 301 ikke skal anvendes i konkurrans med voldtektsbestemmelsen i § 291.¹⁵

I følge forarbeidene var formålet med betegnelsen ”voldtekt” å gi ”et signal om alvoret og straffverdigheten i denne formen for seksuelle overgrep mot mindreårige, som må få betydning for straffenivået”.¹⁶ Det ble videre vist til et ”behov for sterkere understrekning av at barn under den seksuelle lavalder ikke kan samtykke i seksuell omgang”.¹⁷

Voldtekt defineres i straffeloven som å skaffe seg seksuell omgang ”ved vold eller ved truende atferd”, eller å ha seksuell omgang med ”noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen”, jf. strl. 1902 §192, pkt. a og b og strl. 2005 § 291 pkt. a og b. I forarbeidene ble det imidlertid lagt til grunn at ”voldtektsbegrepet også [kan] oppfattes som en betegnelse på de mest alvorlige seksuelle overgrepene”.¹⁸ Begrepsbruken innebærer med andre ord en utvidelse av dagens definisjon av voldtekt.

Det er forståelig at lovgiver ønsker å understreke alvoret og straffverdigheten i overgrep mot mindreårige. Det oppstår imidlertid en spenning mellom begrunnelsen for å kalle seksuell omgang med barn under 14 år for voldtekt, og begrunnelsen for straffritaksregelen når straffeloven 2005 § 308 åpner for straffritak ved ”voldtekt av barn under 14 år”. Problemstillingen diskuteres i oppgavens rettspolitiske del (kap. 5.2).

2.3 Rettstilstanden i enkelte andre land.

I Danmark, Island og i Sverige er den seksuelle lavalder 15 år, jf. henholdsvis dansk straffelov § 222, islandsk straffelov § 202 og brottsbalken kap. 6, § 4. I disse landene er det dermed

¹⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 442

¹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 442-443.

¹⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 243

¹⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 243

samsvar mellom seksuell lavalder og strafferettslig lavalder, som er 15 år i alle de nordiske landene. Dansk og islandsk rett har ingen straffritaksregel, men i henhold til brottsbalken kap. 6, § 14 skal ansvar ikke idømmes om ”det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt”.¹⁹ Unntaket tilsvarer langt på vei den norske straffritaksregelen.

Selv om dansk og islandsk straffelov ikke inneholder noen straffritaksregel bestemmer danske påtaleregler at tiltale kan frafalles dersom aldersforskjellen mellom partene er liten.²⁰ Jeg kjenner ikke til om Island har en lignende regel, men det er generelt store likheter mellom dansk og islandsk rett.

Island og Danmark går på et punkt lenger i beskyttelsen av barn sammenlignet med Norge, og de andre nordiske landene. Islandsk straffelov § 202 stk. 3 setter straff for den som ved bedrag, gaver eller på annen lignende måte lokker et barn under 18 år til samleie eller annen seksuell omgang, mens dansk straffelov § 223 stk. 2 straffer den som ”under groft misbrug af en på alder og erfaring beroende overlegenhed forfører en person under 18 år til samleje.” Etter dansk og islands rett kan det altså etter omstendighetene være straffbart å seksuelt utnytte barn under 18 år.

Finland er det eneste nordiske landet ved siden av Norge, hvor den seksuelle lavalder er 16 år, jf. den finske straffeloven kap. 20 § 6. I likhet med norsk lov inneholder også finsk straffelov et unntak ved bedømmelsen av seksuell omgang mellom ungdommer. I henhold til § 7a skal ikke ansvar idømmes dersom handlingen ”inte kränker den sexuella självbestämmanderätten för den som utsattes för handlingen och det inte råder någon stor skillnad i ålder samt själslig och kroppslig mognad mellan parterna”.

På wikipedia.org finnes en oversikt over seksuell lavalder i Europa, gjengitt i tabell 2, under. Det er imidlertid viktig å merke seg at tabellen ikke tar hensyn til spesielle unntak fra hovedregelen. I Spania, hvor lavalderen i utgangspunktet er 13 år, er det for eksempel forbudt å ha seksuell omgang med personer under 16 år, dersom samtykket fra den mindreårige er fremkalt ved svik, jf. den spanske straffeloven art. 183(1). I Tyrkia gjelder lavalderen, som er 18 år, bare utenfor ekteskap, noe som også illustrerer at seksuell lavalder i høy grad er moralsk og kulturelt anliggende.

¹⁹ Asp, P. (2010) *Sex & samtykke*. Uppsala, Iustus Forlag s. 67

²⁰ Til den svenske straffeloven: Kommenteret straffelov, Speciel del, 5. omarbejdede udgave s. 234.

Oversikt over seksuell lavalder i Europa.²¹

Alder	Land
13 år	Spania
14 år	Albania, Østerrike, Bulgaria, Bosnia, Estland, Tyskland, Ungarn, Italia, Liechtenstein, Makedonia, Montenegro, Portugal, San Marino og Serbia
15 år	Sverige, Danmark, Færøyene, Kroatia, Tjekkia, Frankrike, Hellas, Island, Monaco, Polen, Romania, Slovakia og Slovenia
16 år	Norge, Finland, Nederland, Storbritannia, Sveits, Ukraina, Moldova, Russland, Andorra, Armenia, Aserbadjan, Hviterussland, Belgia, Georgia, Kasakstand, Latvia, Litauen og Luxemborg
17 år	Kypros og Irland
18 år	Malta og Tyrkia*

Tabell 1.

²¹ Wikipedia sine nettsider, http://en.wikipedia.org/wiki/Ages_of_consent_in_Europe#Netherlands, av 1. mai 2014.

3 Dagens straffritaksregel

3.1 Innledning.

Strl. §§ 195 og 196 står i straffelovens kap. 19 som omhandler seksualforbrytelser. Gjerningsbeskrivelsen i strl. §§ 195 og 196 består av to elementer: Seksuell omgang og fornærmedes alder. Sedelighetsforbrytelsene i straffeloven er kategorisert etter intensitet og straffverdighet, der seksuell omgang er den mest kvalifiserte formen for seksuell handling. Seksuell omgang avgrenses nedad mot seksuell handling, jf. strl. § 200, som igjen avgrenses nedad mot seksuell adferd, jf. strl. § 201. Som seksuell omgang regnes de mest intime handlingene, herunder samleie og samleielignende forhold.²²

Strl. § 196 regulerer seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, mens strl. § 195 regulerer seksuell omgang med barn under 14 år. Forskjellen mellom bestemmelsene er i hovedsak strafferammene. Skyldkravet for bestemmelsene er forsett, men med hensyn til den mindreåriges alder kreves at "ingen uaktsomhet" kan legges gjerningspersonen til last, jf. § 196 tredje ledd. Etter strl. § 195 er ansvaret i utgangspunktet helt objektivt, men i Rt. 2005 s. 833 legger Høyesterett til grunn at uskyldspresumsjonen krever at reservasjonen i § 196 også innfortolkes i § 195.

Straffritaksregelen er hjemlet i strl. §§ 195 og 196 begge fjerde ledd og bestemmer at straff etter bestemmelsene "kan falle bort dersom de som har hatt den seksuelle omgangen, er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling". Unntaksregelen i fjerde ledd gir altså retten en skjønnsmessig adgang til å frita tiltalte for straff, på nærmere vilkår. Etter § 195 kan straffen i tillegg "settes under det lavmål som følger av første ledd annet punktum". Dette alternativet må sees i sammenheng med at § 195 har en minstestraft på 3 år ved seksuell omgang til samleie, og at det dermed kan være behov for mellomløsninger.

Straffritaksregelen er todelt, men inneholder tre vilkår. For det første krever bestemmelsen at partene er "omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling" jf. §§ 195 og § 196 begge fjerde ledd. Vilkårene er kumulative, slik at straffritak er betinget av at partene både er jevnbyrdige i alder, og i utvikling, jf. bl.a Rt. 1964 s. 122 og Rt. 2004 s. 1275. Vilkårene er også uttømmende, slik at andre formildende omstendigheter bare kan få betydning for straffutmålingen. Dersom partene er jevnbyrdige i alder og utvikling krever bestemmelsen for det andre at det foretas en konkret vurdering av hvorvidt straffen bør falle bort, jf. ordlyden "kan". Hvorvidt partene er jevnbyrdige i alder og utvikling hører til skyldsspørsmålet, mens det er en del av straffespørsmålet å avgjøre om straffritaksregelen skal komme til anvendelse i det konkrete tilfellet.²³

3.2 Jevnbyrdighet i partenes alder

Det er med utgangspunkt i Høyesteretts anvendelse av straffritaksregelen at ungdom i denne oppgaven er definert som personer mellom 13 og 20 år. I saker hvor fornærmede er under 13

²² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 18.

²³ Ot.prp. nr. 40 (1961-1962) s. 13 og Rt. 1964 s. 122.

år, eller tiltalte er eldre enn 20 år har straffritaksregelen aldri vært anvendt i Høyesterett. Domsomfanget for Høyesterett er imidlertid ikke omfattende nok til at denne grensen kan anses absolutt. Det kan derfor tenkes at Høyesterett i fremtiden vil anvende straffritaksregelen også utenfor disse aldersgrensene.

Alder på yngste fornærmede hvor resultatet har blitt straffritak i Høyesterett er 13 år og 8 måneder, jf. Rt. 2003 s. 442. Tiltalte var her 16 år og 6 måneder og det var dermed 2 år og 10 måneders aldersforskjell mellom partene. Den eldste personen som har blitt frikjent etter straffritaksregelen i Høyesterett var 19 år, jf. Rt. 2005 s. 1651. Fornærmede var 15 år, noe som utgjorde en aldersforskjell mellom partene på 3 år og 11 måneder.

Når straffritaksregelen ble innført ble det fremhevet Straffelovsrådet at partenes alder har stor betydning for handlingens straffverdighet.²⁴ I utgangspunktet gir dermed straffritaksregelen kun adgang til å frifinne ved relativt små aldersforskjeller. Praksis viser likevel at det er adgang til å akseptere litt større forskjeller etter § 196 enn etter § 195, jf. Rt. 1994 s. 1000 og Rt. 2003 s. 442. At det er naturlig å akseptere noe større aldersforskjell etter § 196 kan særlig begrunnes i to forhold. For det første øker den relative aldersforskjellen omvendt proporsjonalt med fornærmedes alder. Jo yngre fornærmede er, jo større vil den relative aldersforskjellen mellom partene være. For det andre forutsetter loven, gjennom blant annet differensierte strafferammer, at seksuell omgang med barn under 14 år er en grovere forbrytelse enn seksuell omgang med barn under 16 år. I Rt. 2003 s. 442 prosederte aktor på at det går et markert skille mellom strl. § 195 fjerde ledd og strl. § 196 fjerde ledd. Begrunnelsen var at seksuell omgang med barn under 14 år i følge aktor måtte anses vesentlig mer straffverdig enn seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. Høyesterett la imidlertid til grunn at det "ikke [er] grunnlag for å stille opp en slik skarp grense ved praktiseringen av disse to bestemmelsene, som legger opp til konkrete vurderinger av alder og utvikling for å avverge domfellelser som kan oppfattes som urimelige." Det ble likevel presiserte at det er noe annet "at partenes alderstrinn har betydning ved den nærmere vurdering", og at det dermed "kan være grunn til å akseptere noe større aldersforskjeller når fornærmede er over 14 år, enn når vedkommende er under 14 år. Slik er praksis også forstått i forarbeidene ved lovendringen i 2000, jf. Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) på side 54." (avsnitt 11). Uavhengig av den relative aldersforskjell aksepteres det også noe større forskjell i partenes alder når fornærmede er fylt 15 år.²⁵ Begrunnelsen er at man befinner seg i kjerneområdet av straffritaksregelens anvendelsesområde, fordi fornærmede nærmer seg seksuell lavalder.

Også tiden har spilt en rolle for hvor stor aldersforskjell som aksepteres. Fra regelen ble innført i 1963 og frem til 1990-tallet skjedde det en utvikling i retning av å akseptere større aldersforskjell mellom partene. I Rt. 1965 s. 939 ble en aldersforskjell på 3 år ansett å utelukke straffritak når fornærmede var 14 år. I Rt. 1977 s. 895 og Rt. 1981 s. 1084 ble aldersforskjeller på henholdsvis 3 år og 5 måneder, og 3 år og 1 måned ansett for store til at partene kunne være jevnbyrdige i alder. Fornærmede var 14 år og 8 måneder i begge sakene. I Rt. 1990 s. 1217 godtok derimot Høyesterett en aldersforskjell på 4 år og 2 måneder, som hittil er den største aldersforskjellen som er akseptert i Høyesterett. Saken gjaldt en mann på 19 år og 10 måneder som i herredsretten var dømt for seksuell omgang med en jente på 15 år og 8 måneder. Høyesterett opphevet herredsrettens dom fordi det ikke var foretatt noen vurdering av partenes jevnbyrdighet i utvikling. Høyesterett tok likevel stilling til aldersvilkåret og la til grunn at partene måtte "anses som omtrent jevnbyrdige i alder." Det ble

²⁴ Innstilling fra Straffelovsrådet av 17. mars 1960 s. 32.

²⁵ NOU 1997:23, pkt. 4.5.2.

videre lagt til grunn at ”Høyesterett i tidligere avgjørelser har ansett mindre aldersforskjeller som for store”, men at ”vurderingen blir en annen når man har å gjøre med ungdommer på det alderstrinn som det i vår sak er spørsmål om, og når vurderingen tar utgangspunkt i holdninger som er utbredt blant ungdom i 1990” (s. 1218). I Rt. 1994 s. 1000 frikjente Høyesterett ved en aldersforskjell på 3 år og 11 måneder. I Rt. 2011 s. 1428 hvor partene var henholdsvis 13 år og 5 måneder og 16 år og 7 måneder la Høyesterett til grunn at aldersforskjellen på tre år og to måneder ”ligger i øvre sjikt av hva som kan godtas som jevnbyrdighet i alder” (avsnitt 26). Det er imidlertid viktig å merke seg at saken gjaldt overtredelse av strl. § 195, hvor det generelt godtas noe mindre aldersforskjell enn etter § 196.

Mens 4 år og 2 måneder er den største aldersforskjellen som er godtatt i Høyesterett har lagmannsrettene frikjent ved langt større aldersforskjeller. I Frostating lagmannsrett dom av 26.02.2004 godtok lagmannsretten en aldersforskjell på mer enn 7 år ved overtredelse av strl. § 195.²⁶ Partene var henholdsvis 13 år og 8 måneder og 21 år. Påtalemyndigheten anket imidlertid dommen, og dommen ble opphevet i Høyesterett, jf. Rt. 2004 s. 1275. Høyesterett la til grunn at aldersforskjellen på 7 år var ”klart for stor til at § 195 fjerde ledd kan komme til anvendelse”, og at ”det gjelder en absolutt grense for aldersvilkåret” (avsnitt 14). Hvor den absolutte grensen trekkes ble imidlertid ikke utdypet.

Selv om lagmannsrettens avgjørelser ikke har rettskildemessig vekt illustrerer Frostating lagmannsrett dom av 26.02.2004 hvilke vanskelige grensedragninger domstolene kan stå overfor ved anvendelsen av straffritaksregelen. I denne saken forelå det særlige forhold som etter lagmannsrettens mening gjorde en domfellelse urimelig. Partene var kjærester, men fornærmede hadde løyet på alderen og sagt at hun var 15 år. Det var også fornærmede som var den aktive part når det gjaldt etablering av den seksuelle kontakten. Fornærmede hadde også seksuell erfaring fra tidligere, mens tiltalte ikke hadde noe slik erfaring. Foreldrene til fornærmede forsøkte innstendig å trekke tilbake anmeldelsen da de ble klar over hvilke følelser tiltalte og datteren hadde for hverandre, og både foreldrene og fornærmede ba retten om å frifinne tiltalte. Straffesaken medførte stor belastning og skyldfølelse for fornærmede, og lagmannsretten la til grunn at straffebudets generelle og allmennpreventive formål om beskyttelse av mindreårige i dette tilfellet førte til en negativ belastning for fornærmede.

Selv om partene var ”jevnbyrdige i utvikling” og omstendighetene for øvrig talte for straffritak er det ikke tvilsomt at vilkåret ”jevnbyrdige i alder”, jf. § 195 fjerde ledd ikke var oppfylt. Lagmannsrettens løsning var dermed i strid med lovens ordlyd.

Den høye terskelen for å anvende straffritak når fornærmede er under 14 år understrekes av at Høyesterett kun har anvendt straffritaksregelen én gang ved overtredelse av strl. § 195, jf. Rt. 2003 s. 442. Partene var henholdsvis 13 år og 8 måneder og 16 år og 6 måneder, og det var dermed en aldersforskjell på 2 år og 10 måneder mellom partene.

3.3 Jevnbyrdighet i partenes utvikling.

I forarbeidene til straffritaksregelen ble det lagt til grunn at vilkåret jevnbyrdighet i utvikling krever at partene både fysisk og psykisk er noenlunde likt utviklet.²⁷ I Rt. 2011 s. 1428 uttalte

²⁶ LF-2003-11171

²⁷ Innstilling fra Straffelovsrådet av 17. mars 1960, s. 32.

Høyesterett at et sentralt spørsmål foruten partenes alder er ”deres reelle likeverdighet ut fra både fysisk og psykisk utviklingsnivå” (avsnitt 18).

Alders- og utviklingsvilkåret er kumulative, slik at straffritak er betinget av at begge vilkår er oppfylt. I Rt. 1990 s. 1217 opphevet Høyesterett herredsrettens avgjørelse fordi det ikke var foretatt noen konkret vurdering av partenes jevnbyrdighet. At bestemmelsen krever en selvstendig vurdering av begge vilkår er også understreket av Riksadvokaten som har uttalt at i ”en del saker som kommer inn til Riksadvokatembetet, er ikke spørsmålet om jevnbyrdighet i utvikling gitt nok oppmerksomhet, og etterforskningen gir heller ikke alltid tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt.”²⁸

Selv om vilkårene er kumulative må de likevel sees i sammenheng. I Rt. 1994 s. 1000 la Høyesterett til grunn at det ”må (...) sees hen til partenes utvikling ved vurderingen av hvor stor aldersforskjell som kan godtas. Hvor fornærmede er kommet betydelig lenger i sin utvikling enn hva som kan sies å ligge innenfor et normalt variasjonsområde, er det grunn til å legge noe mindre vekt på forskjell i alder” (s. 1001). Partene var henholdsvis 18 år og 2 måneder og 14 år og 3 måneder. Under henvisning til at herredsretten hadde vurdert jenten slik at hun var kommet særdeles langt i sin utvikling, mens gutten ikke ble ansett spesielt moden for alderen kom Høyesterett til at vilkårene for å frafalle straff etter strl. § 196 fjerde ledd var tilstede.

I Eidsivating lagmannsretts dom av 06.10.2010 ble en lettere psykisk utviklingshemmet 18 år gammel gutt dømt for overtredelse av strl. § 196 første ledd for i noe over et år å ha hatt seksuell omgang med sin kjæreste som var 4 år og 1 måned yngre enn ham.²⁹ Lagmannsretten la til grunn at partene var jevnbyrdige i utvikling, men aldersforskjellen ble ansett så vidt stor at det ikke kunne sies å foreligge jevnbyrdighet i alder. Retten viste til uttalelsen i Rt. 1994 s. 1000 om at det må sees hen til partenes utvikling ved vurderingen av hvor stor aldersforskjell som godtas. Mens fornærmede i Rt. 1994 s. 1000 var betydelig moden for alderen fant imidlertid Eidsivating lagmannsrett at fornærmede ”både fysisk og psykisk fremsto som, og faktisk var, helt normalt utviklet for sin alder”. Selv om tiltalte utviklingmessig lå under det som var normalt for ungdommer på hans alder ble hans utviklingsmessige tilstand ikke ansett så svak at det kunne få betydning for vurderingen av jevnbyrdighet i alder. Selv om dommen ikke har rettskildemessig vekt illustrerer den at vurderingen av aldersvilkåret er strengere når partene ikke er jevnbyrdige i utvikling. At lagmannsretten legger større vekt på at fornærmede ikke er spesielt moden for alderen, og mindre vekt på tiltaltes umodenhet er også i tråd med det som blir lagt til grunn i Rt. 1994 s. 1000. At fornærmedes modenhet har størst betydning i vurderingen av partenes jevnbyrdighet er naturlig fordi modenhet hos fornærmede gir mindre behov for lovens beskyttelse.

Mens nærhet i alder har liten selvstendig betydning hvis ikke straffritaksregelen kommer til anvendelse, kan jevnbyrdighet i partenes utvikling få betydning for straffutmålingen selv om straffritaksregelen ikke kommer til anvendelse. Praksis viser at dette gjelder selv ved store aldersforskjeller.

I Rt. 2003 s. 841 hadde en 32 år gammel mann hatt tre samleier med en jente på 12 år. Mannen hadde oppnådd fortrolighet med jenten gjennom chatting på internett. Han hadde videofilmet et samleie, og ved to av tilfellene var det ikke benyttet prevensjon. Straffritak var uaktuelt hensett til partenes aldersforskjellen på hele 20 år. Høyesterett gjorde likevel hele

²⁸ Riksadvokaten – Rapport, Statsadvokatmøtet 2011, 1. juni 2011, RA-2010-168, s. 1

²⁹ LE-2010-62224

dommen betinget, og bemerket at domfelte på grunn av meget spesielle forhold knyttet til hans person måtte antas å være omtrent jevnbyrdig med fornærmede, jf. straffeloven § 195 fjerde ledd.

Et annet eksempel på betydningen av partenes jevnbyrdighet for straffutmålingen finnes i Borgating lagmannsrett dom av 01.11.2007.³⁰ En lettere psykisk utviklingshemmet mann, 18-19 år på gjerningstiden, hadde hatt seksuell omgang og utført seksuelle handlinger med en jente på 8-9 år. Lagmannsretten la vekt på at den seksuelle kontakten til dels hadde preg av barnslig lek mellom personer som var tilnærmet jevnbyrdige i utvikling. Selv om handlingen i følge retten kvalifiserte til fengsel opp mot 3 år, ble det utmålt straff på 1 år og 6 måneder, hvorav kun 3 måneder av straffen gjort betinget.

3.4 Rettens skjønnsmessige kompetanse til å la straffen falle bort

Strl. §§ 195 og 196 begge fjerde ledd er såkalte straffritaksbestemmelser ved at straff ”kan” falle bort dersom partene er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Selv om det konstateres jevnbyrdighet i alder og utvikling, er det altså opp til rettens skjønn om den tiltalte skal fritas for straff. Riksdvokaten har presisert at denne vurderingen må være grundig, og at det blant annet vil være sentralt å vurdere nærmere om det er elementer av utnyttelse i forholdet mellom siktede og fornærmede.³¹

I Ot.prp.nr.28 (1999-2000) ble det etter forslag fra politimesteren i Troms vurdert å omformulere regelen slik at straff ikke skulle komme til anvendelse dersom partene var omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.³² Departementet uttalte i denne sammenheng at det ”er naturlig og rimelig at unge mennesker har et visst rom for å utforske sin egen seksualitet uten at de risikerer straff. Grensen på 16 år vil derfor fremfor alt virke som et vern mot seksuell omgang med voksne”. Departementet besluttet likevel å beholde ”kan”-regelen, av hensyn til at ”retten etter en konkret vurdering [kan] bestemme hvilken løsning som er riktig i det enkelte tilfelle”.³³

Med henvisning til forarbeidsuttaalelsene la Høyesterett i Rt-2005 s. 1651 til grunn at det må foreligge ”særlige forhold” for å idømme straff der partene er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling (avsnitt 13). ”Aldersforskjellen, det forhold at de to ikke hadde noe kjærlighetsforhold og heller ikke kjente hverandre fra før, og utnyttelsen av situasjonen er relevante momenter ved vurderingen av om straff bør falle bort. Særlig vil det forhold at den fornærmede er utnyttet, kunne lede til at straff ikke bør falle bort” (avsnitt 17).

I Rt. 2011 s. 1428 fulgte Høyesterett opp rettssetningen fra Rt. 2005 s. 1651 og uttalte at det ved den nærmere vurderingen av om ”særlige forhold” foreligger er ”naturlig å ta utgangspunkt i de momentene forarbeidene selv peker på som relevante” (avsnitt 17). I avsnitt 18 uttalte Høyesterett at et sentralt spørsmål, foruten partenes alder vil være ”deres reelle

³⁰ LB-2007-69700

³¹ Riksadvokaten – Rapport, Statsadvokatmøtet 2011, 1. juni 2011, RA-2010-168, s. 1

³² Ot.prp.nr.28 (1999-2000), pkt. 6.3.4

³³ Ot.prp.nr.28 (1999-2000), pkt. 6.3.4

likeverdighet ut fra både fysisk og psykisk utviklingsnivå”. Det ble videre lagt til grunn at unge mennesker må ha et visst rom for å utforske sin egen seksualitet uten å risikere straff. Dersom det ikke er kjærlighet med i bildet ble det uttalt at det må foreligge ”en gjensidig forståelse av hva som faktisk er situasjonen”, og at utnyttelse lett kan oppstå der ”styrkeforholdet mellom partene er ulike ut fra alder, erfaring, modenhet, eller graden av følelsesmessig tilknytning”. I den konkrete saken la Høyesterett betydelig vekt på at tiltalte smittet fornærmede med klamydia, og at han hadde gitt inntrykk av at de to var kjærester uten å fortelle at han samtidig var sammen med andre. Selv om fornærmede ønsket å ha seksuell omgang med tiltalte, og ikke betraktet seg som et offer ble dette ikke ansett å utelukke ”at det foreligger utnyttelse” (avsnitt 30). Høyesterett konkluderte med at det forelå ”særlige forhold” som utelukket straffritak.

Også i Rt. 2010 s. 669 var straffritak utelukket. Saken gjaldt to gutter på henholdsvis 16 år og 15 år og 17 måneder som i fellesskap hadde hatt seksuell omgang med en jente på 13 år og 5 måneder. De tiltalte hadde bevisst skjendet jenten alkohol for å ha sex med henne. Høyesterett la til grunn at tiltaltes kyniske utnyttelse av fornærmede utgjorde slike ”særlige forhold” at straffritaksbestemmelsen ikke kunne anvendes (avsnitt 18). Selv om det ikke var grunnlag for å la straffen falle bort, ble straffen likevel satt ned under det lavmål som følger av første ledd, på grunn av jevnbyrdig i alder og utvikling, jf. § 195 fjerde ledd.

Heller ikke i Rt. 2013 s. 734 ble det akseptert straffritak. Saken gjaldt en 16 år gammel gutt som hadde hatt samleier med to jenter på henholdsvis 13 år og 5 måneder, og 12 år og 11 måneder. Lagmannsretten hadde rettskraftig avgjort at tiltalte var omtrent jevnbyrdig i alder og utvikling med den eldste jenten, men Høyesterett fant at begge forhold bar preg av utnyttelse, slik at straffritaksregelen ikke kom til anvendelse. Det ble lagt vekt på at forskjellen i alder ikke var ubetydelig, at det ikke var noe nært og fortrolig forhold mellom partene, at styrkeforholdet var ulikt, og at man var utenfor de tilfeller der to unge utforsker sin seksualitet sammen (avsnitt 20-21). Høyesterett la til grunn at ”domfelte her har gjort seg skyldig i alvorlige og gjentatte straffbare forhold” og at ”[d]et er viktig å markere overfor ungdomsmiljøene at slike handlinger ikke tas lett på.” (avsnitt 33).

Et interessant spørsmål er om vilkårene for straffritak kan være oppfylt samtidig som det foreligger grunnlag for straffskjerping, jf. § 195 annet ledd og § 196 annet ledd. Det kan for eksempel tenkes at vilkårene ”jevnbyrdighet i alder og utvikling” er oppfylt, men at fornærmede ”som følge av handlingen” påføres en seksuelt overførbar sykdom. I følge §§ 195 annet ledd og 196 annet ledd er en seksuelt overførbar sykdom alltid er å regne som ”betydelig skade på legeme eller helse”, slik at strafferammen heves til 21 år. Forsettskravet i forhold til å påføre fornærmede en seksuelt overførbar sykdom er culpa levissima, jf. strl. § 43. Det er dermed tilstrekkelig at tiltalte tidligere har hatt ubeskyttet seksuell omgang slik at det foreligger en teoretisk mulighet for å være smittet av en seksuelt overførbar sykdom. Det er dermed lett å tenke seg en situasjon hvor alle gode grunner tilsier straffritak, samtidig som vilkårene for straffskjerping er til stede.

Strl. §§ 195 og 196 begge fjerde ledd gir hjemmel for straffbortfall ”etter denne bestemmelsen”. Ordlyden taler for at straffritak i utgangspunktet er mulig også dersom vilkårene for straffskjerping i annet ledd er oppfylt. Det samme gjør regelens plassering, i fjerde ledd. I straffeloven 2005 er det eksplisitt slått fast at straffritaksbestemmelsen gjelder også ved grove overtredelser, jf. § 308 som henviser til §§ 301 og 303. I forarbeidene er det lagt til grunn at ”[d]e terminologiske endringene ved at seksuell omgang med barn under 14 år er foreslått kalt voldtekt og at de forhøyede strafferammene er knyttet til grove overtredelser, (...) ikke [er] ment å innvirke på muligheten for straffbortfall på grunnlag av

jevnbyrdighet i alder og utvikling”³⁴. Videre er det lagt til grunn at ”det i utgangspunktet skal mye til for at straffen skal falle bort på dette grunnlaget dersom noen av vilkårene i bestemmelsene om grov overtredelse er oppfylt”.³⁵ Uttalelsen tyder på at straffritak heller ikke etter gjeldende rett er avskåret selv om vilkårene for straffskjerping er oppfylt, men at det skal mye til for at straffen skal falle bort. Også rimelighetshensyn tilsier at det avgjørende er om tiltaltes samlede handlingsmønster oppfyller terskelen ”særlige grunner”, jf. Rt. 2006 s. 1651. Formålet med ”kan”-skjønnnet er jo nettopp å gi retten mulighet til å foreta en konkret vurdering av hvorvidt straff bør komme til anvendelse. Ved vurderingen av hvorvidt handlingen bør straffes vil imidlertid en eventuelt straffskjerpende omstendighetet selvsagt tillegges vesentlig vekt.

³⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 260

³⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 260

4 En rettspolitisk drøftelse av den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdommer.

4.1 Innledning

Det har til alle tider blitt ansett nødvendig å straffe adferd eller virksomhet som samfunnet ser på som skadelig, for å verne borgerne mot krenkelser og for å opprettholde et ordnet samfunn. Hvilke handlinger samfunnet anser som skadelig endrer seg imidlertid i takt med samfunnsforholdene, og moraloppfatningen. Dette gjenspeiles i lovverket, ved at handlinger nykriminaliseres, oppkriminaliseres, nedkriminaliseres eller avkriminaliseres. Nye straffebud kommer til, eller straffen skjerpes, nedsettes eller faller bort.³⁶

I en ideell verden er lovverket til enhver tid oppdatert i forhold til gjeldende samfunnsforhold og moraloppfatninger. Slik er det dessverre ikke i den virkelige verden, hvor blant annet praktiske og økonomiske forhold gjør det umulig for lovgiver å holde lovverket ajour med det rådende synet i samfunnet, til enhver tid. Noen ganger er lovgiver også tilbakeholden med å nedkriminalisere eller avkriminalisere handlinger av redsel for politisk misnøye, eller for de reelle konsekvensene av et svekket strafferettslig vern. I en demokratisk rettsstat kan vi imidlertid ikke straffelegge handlinger bare fordi vi vil det, fordi vi har pleid å gjøre det eller fordi det vil være hensiktsmessig for å oppnå et visst formål.³⁷ Straff innebærer at staten setter sin autoritet og makt bak å påføre et annet menneske et alvorlig inngrep, og straff må derfor kun brukes når det foreligger overveiende saklige grunner for det.

I forrige århundre skjedde det en enorm utvikling i samfunnets syn på seksualitet. Sex har utviklet seg fra å være svært tabubelagt, til å i dag være akseptert innenfor de fleste former. På et område har vi imidlertid ikke sett den samme utviklingen. Seksuelle overgrep mot barn, forstått som voksne menneskers utnyttning av barn for egen seksuell tilfredsstillelse, anses som en av de mest skadelige og moralsk forkastelige handlingene i samfunnet. På dette området har lovgiver tvert i mot foretatt en oppkriminalisering av seksuelle overgrep mot barn de siste årene gjennom økte strafferammer³⁸ og innføring av begrepet voldtekt (se kap. 2.2) for å signalisere straffverdigheten av disse handlingene.³⁹

Samtidig ser man en klar tendens i samfunnet, i lovforarbeider og i Høyesterett i retning av større anerkjennelse og aksept for at mange ungdommer, også under seksuell lavalder inngår seksuelle relasjoner. I forbindelse med de siste revisjonene av straffeloven har lovgiver flere ganger understreket at den seksuelle lavalder primært tar sikte på å virke som et vern mot seksuell omgang med voksne, og at det er naturlig og rimelig at unge mennesker har et visst rom til å utforske sin egen seksualitet uten at de risikerer straff.⁴⁰ Til tross for dette har

³⁶ Mæland, H.J. (2012) *Norsk alminnelig strafferett*. Bergen, Justian, s. 42 og 46

³⁷ Nils Jareborg (2006) *Inkast i straffområdet*, Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 103, Uppsala: Iustus förlag, s. 30.

³⁸ Endringslov til straffeloven 1902 av 11. august 2000 nr. 76, endringslov til straffeloven 1902 av 25. juni 2010 nr. 46.

³⁹ Lov av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven) § 299

⁴⁰ Ot.prp.nr.28 (1999-2000), pkt. 6.3.4

lovgiver likevel ikke funnet grunn til å foreta noen endringer i den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdom. Selv om det er lett å sympatisere med lovgivers formål om å motvirke overgrep mot barn, er det viktig å minne om at bruk av altfor tyngende eller inngripende middel for og nå et bestemt mål, bryter med prinsippet om et rimelig forhold mellom mål og middel. Med dette som utgangspunkt vil jeg i det følgende diskutere om bedømmelsen av seksuell omgang mellom ungdom er i tråd med dagens samfunnsforhold og moraloppfatning, eller om strafferetten går for langt i å kriminalisere seksuell omgang, for å hindre at voksne mennesker begår seksuelle overgrep mot barn.

4.2 Omfang av seksuell omgang mellom ungdommer

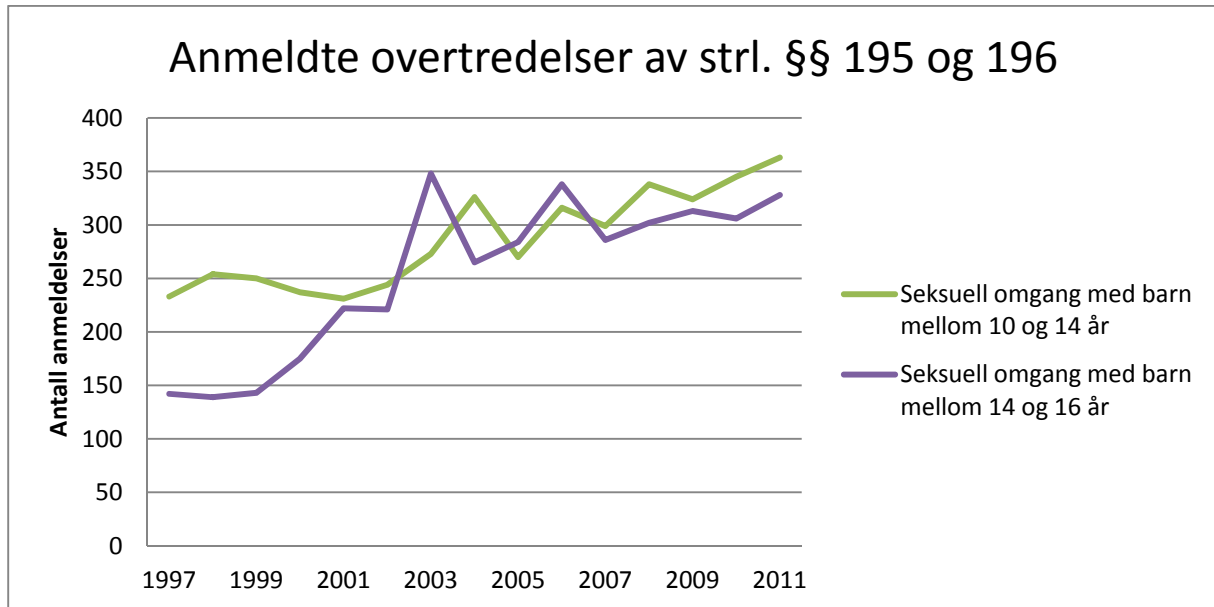
Informasjon om omfanget av seksuell omgang mellom ungdommer, (der minst én part er under seksuell lavalder) er interessant fordi man bør sammenligne omfanget av lovbrudd med i hvor stor grad loven faktisk blir håndhevet, for å vurdere om en regel er god. Dessverre finnes det ingen undersøkelser som retter seg direkte mot omfanget av seksuell omgang mellom ungdommer. Med utgangspunkt i statistikk over antall anmeldte overtredelser av strl. §§ 195 og 196 (ssb.no, 2011), seksuell debutalder (Folkehelseinstituttet, 2002) og folkemengde (ssb.no, 2014) har jeg likevel regnet meg fram til et anslag over hvor mange barn under 16 år som debutterer seksuelt hvert år. Som tallene i parentes indikerer har jeg dessverre ikke lykkes i å finne statistikk fra samme årstall. I tillegg har jeg tatt enkelte forutsetninger. For det første har jeg forutsatt at fordelingen mellom gutter og jenter i alderen 6-16 er 50/50. For det andre har jeg forutsatt at fordelingen av antall barn på alderstrinnet 6-16 er lik på hvert alderstrinn. Dette stemmer selvsagt ikke presist med de reelle forholdene, og det er viktig for meg å presisere at mine anslag ikke er ment å fremstilles som nøyaktige eller vitenskapelige. Jeg mener likevel at utregningen er presis nok til å gi et troverdig bilde på virkeligheten, og at forskjellene som vises er så signifikante at poenget mitt ikke svekkes selv om jeg tar forbehold om små feilmarginer.

I følge Statistisk sentralbyrå ble det i 2011 levert 691 anmeldelser for seksuell omgang med barn mellom 10 og 16 år. Av disse gjaldt 328 tilfeller seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, og 363 tilfeller seksuell omgang med barn mellom 10 og 14 år.⁴¹ Det er viktig å merke seg at statistikken bare gir opplysninger om antall anmeldelser, og ikke sier noe om mørketall. Det er grunn til å tro at det forekommer svært mange tilfeller av seksuell omgang med mindreårige som aldri kommer til myndighetenes kunnskap. Statistikk over antall anmeldelser er derfor i liten grad egnet til å si noe om omfanget av seksuell omgang mellom ungdommer.

Statistikken viser imidlertid at det skjedde en økning i antall anmeldte seksuelle overgrep i perioden 1997 til 2011. Mens det i 2011 ble levert 691 anmeldelser ble det i 1997 kun anmeldt 375 tilfeller av seksuell omgang med barn mellom 10 og 16 år. På 14 år skjedde det altså nesten en dobling i antall anmeldelser.

Figuren under illustrerer økningen i antall anmeldte overtredelser av strl. §§ 195 og 196, i perioden 1997 til 2011.

⁴¹ Statistisk sentralbyrå sine nettsider, http://www.ssb.no/a/kortnavn/a_krim_tab/, av. 20. april 2014



Figur 1 - Statistikk over anmeldte lovbrudd i årene 1997-2011. (ssb.no)

En mulig forklaring på økningen kan være at mens den offentlige debatten frem til tidlig på 1990-tallet var preget av et offer-fokus, begynte andre synspunkt på denne tiden å prege debatten. De kritiske røstene fikk næring gjennom den såkalte Bjugn-saken som begynte med mistanke om at en mannlig barnehageansatt hadde blitt seg, og som endte opp som en av de mest omfattende, og mest medieomtalte kriminalsaker i norsk rettshistorie.⁴² Mannen ble til slutt frifunnet av lagmannsretten. I kjølevannet av Bjugn-saken ble oppmerksomheten rundt seksuelle overgrep omtalt som moralsk panikk og det ble trukket sammenligninger til hekseprosessene på 1600-tallet. Det ble hevdet at omfanget og skadevirkningene av seksuelle overgrep var sterkt overdrevet. I tillegg ble det sådd tvil om barns evne til å skille mellom virkelighet og fantasi, og intensjonene til kvinner som anmeldte ektemenn eller eksmenn for seksuelle overgrep mot felles barn.⁴³ Til sammen førte disse forholdene trolig til at færre overtredelser av strl. §§ 195 og 196 ble anmeldt i denne perioden.

En annen teori er at økningen i antall anmeldelser skyldes at det faktisk forekommer flere tilfeller av seksuell omgang med mindreårige i dag, sammenlignet med tidligere. Mens det etter mitt syn ikke er noe som tyder på en økning i antall *overgrep* mot barn, kan en økning i antall overtredelser av straffebudene skyldes at ungdommer debuterer tidligere i dag, enn før. Denne teorien har en viss støtte i statistikk som viser at selv om gjennomsnittlig debutalder har holdt seg relativt stabil, har andelen som debuterer betydelig tidligere enn gjennomsnittet økt noe (Folkehelseinstituttet, 2002). Statistikken er basert på undersøkelser utført i 1987, 1992, 1997 og 2002 og er presentert nedenfor i tabell 2.

⁴² Frostating lagmannsretts dom av 31.01.94

⁴³ Hennem, Ragnhild, *Seksuelle overgrep mot barn - Omfang og rettsapparatets betydning*, 16.03.2004 : Rapport på oppdrag for redd barna, s. 40

Kumulativ fordeling av alder ved første samleie for menn og kvinner (%)

Alder	Menn				Kvinner			
	1987	1992	1997	2002	1987	1992	1997	2002
<=13	2.9	2.7	3.6	4.1	1.8	1.8	2.2	3.3
14	7.5	7.8	7.4	8.7	5.8	6.0	8.3	9.2
15	18.3	17.2	18.1	19.5	16.6	17.0	21.1	23.5
16	34.8	31.8	32.5	32.6	37.5	35.8	41.6	45.7
17	49.4	45.4	51.9	50.2	57.0	54.4	59.3	64.5
18	67.4	65.2	68.1	67.2	73.1	71.3	74.5	78.4
19	76.9	74.5	77.3	76.3	82.5	80.1	83.9	86.3
20	85.4	82.4	84.9	83.5	89.2	87.0	89.3	91.1
21	89.2	85.5	89.0	87.3	92.4	90.1	92.5	93.4
22	92.2	89.2	91.9	90.7	94.6	92.2	94.5	95.2
23	94.7	91.9	94.1	93.1	96.0	93.7	96.0	96.6
24	96.5	93.2	96.0	95.2	97.3	94.5	97.6	97.4

Tabell 2: Rapport fra seksualvaneundersøkelsene i 1987, 1992, 1997 og 2002, Folkehelseinstituttet, s. 6.

Undersøkelsen fra Folkehelseinstituttet viser kumulativ fordeling av alder ved første samleie for menn og kvinner. Ved hjelp av informasjon om folketallet er det mulig å regne ut hvor mange ungdommer under seksuell lavalder som debuterer seksuelt *hvert år*.

I følge tabellen var den mediane alder for første samleie i 2002 17,5 år for menn og 17,1 år for kvinner. 19,5 prosent av guttene og 23,5 prosent av jentene debuterte før fylte 16 år.⁴⁴ Hvis man legger til grunn at fordelingen mellom gutter og jenter er 50/50 betyr det at gjennomsnittlig 21,5 % av norsk ungdom debuterer før fylte 16 år. Av disse har statistisk sett 3,7 % debutert før de fyller 14 år, 5,3 % når de er 14 år, og 12,6 % når de er 15 år.

Per 1. januar 2014 var det i følge Statistisk sentralbyrå 993 861 barn mellom 0 og 16 år i Norge. Under forutsetning av at det er like mange barn på hvert alderstrinn utgjør dette 66 257 barn på hvert alderstrinn. Dette indikerer at ca. 14 245 ($66\,257 \cdot 0,215$) ungdommer under den seksuelle lavalder statistisk sett debuterer *hvert år*. Straffeloven §§ 195 og 196 brytes dermed i forhold til ca. 14 245 individer hvert år. Til sammenligning ble det altså i 2011 kun levert til sammen 691 anmeldelser for seksuell omgang med barn mellom 10 og 16 år.

I tillegg er det viktig å legge merke til at statistikken ikke sier noe om hyppighet, og at det ikke finnes noen oversikt over hvor mange av anmeldelsene som endte med domfellelse. Det har derfor ikke vært mulig å foreta noen sammenligning av *forekomsten* av seksuell omgang mellom ungdommer (der den ene parten er under seksuell lavalder) og antall *domfellelser*, slik jeg ønsket. Forholdet mellom antall personer som hvert år debuterer før fylte 16 år (14 245) og antall forhold som blir anmeldt (691) må derfor forstås som et utgangspunkt som kun gir en beskjeden indikasjon på forholdet mellom det faktiske omfanget av lovbrudd, og i hvor stor grad loven blir håndhevet. I realiteten kan antall debutanter ganges opp med hyppigheten av seksuell omgang mellom ungdommer. På samme måte må antall anmeldelser ta forbehold om at kun en andel av disse ender med domfellelse, og at det trolig kun er en liten andel av domfellelsene hvor begge parter regnes som ungdommer, slik jeg har definert det i denne oppgaven.

⁴⁴ Folkehelseinstituttet, *Rapport fra seksualvaneundersøkelsene i 1987, 1992, 1997 og 2002*, s. 6.

4.3 Bør den seksuelle lavalder senkes til 15 år?

I våre skandinaviske naboland er den seksuelle lavalder 15 år. Allerede ved revisjonen av straffeloven i 1963 ble det drøftet hvorvidt vi burde følge deres eksempel, men man ble stående ved å beholde 16-års grensen. Argumentet i 1963 for å sette ned grensen var først og fremst at puberteten inntrådte tidligere enn før. Mot dette ble det innvendt at selv om de unge modnes tidligere fysiske sett, har man ikke sett noen tilsvarende tidlig inntreden av psykisk modenhet.⁴⁵ Som argument for å beholde grensen ved 16 år ble det blant annet også vist til ”den store fare for svangerskap”, et forhold som i følge forarbeidene kunne ”avgjøre hele deres fremtidige skjebne”.⁴⁶

Faren for svangerskap, har ikke den samme tyngde i dag hvor informasjon om seksualitet og og prevensjon er svært lett tilgjengelig. I tillegg bidrar økonomiske støtteordninger og retten til selvbestemt abort til at konsekvensene av en uforutsett graviditet i dag er langt mindre omfattende. Stigmatiseringen som tidligere fulgte med å få et barn i ung alder, utenfor ekteskap, er også så godt som borte i dag.

Selv om mange av argumentene fra 1960 for å beholde 16-års grensen ikke har relevans i dag har man blitt stående ved en seksuell lavalder på 16 år. I 2000 foreslo seksuallovbruddutvalget å senke lavalderen til 15 år, men forslaget ble forkastet. Som argument for å beholde lavalderen ved 16 år ble det lagt avgjørende vekt på at iallfall mange 15-åringer på grunn av manglende erfaring og modenhet har behov for et strafferettslig vern av sin seksuelle integritet.⁴⁷

Det er neppe tvilsomt at mange 15-åringer på grunn av manglende erfaring og modenhet ikke er klar til å inngå seksuelle relasjoner. Spørsmålet er imidlertid hvor langt skal man gå i å true med, og faktisk bruke straff for dette formål.

For det første er det strafferettspolitisk uheldig å kriminalisere handlinger som begås i stor utstrekning, men som det i praksis blir sett gjennom fingrene med. Statistikk viser at 1 av 5 ungdommer debutterer seksuelt før de fyller 16 år, og det forekommer dermed et stort antall overtredelser av strl. §§ 195 og 196, hvert år. Likevel er det svært få ungdommer som straffes for seksuell omgang med mindreårige. Det eksisterer dermed en ulikhet for loven, hvor et lite antall personer straffes for handlinger som begås av svært mange.

For det andre er det grunn til å være forsiktig med lovgivning som innebærer at den enkelte beskyttes mot å gjøre egne valg. Dagens straffelov krever at 15-åringer er ansvarlig for eventuelle kriminelle handlinger, samtidig som den fratar 15-åringer retten til å treffe egne beslutninger i forhold til seksualitet. Etter min mening er dette inkonsistent lovgivning. Skal loven kreve strafferettslig ansvar av en 15-åring bør den også gjøre 15-åringer ansvarlig for egen seksualitet. Av denne grunn mener jeg at den seksuelle lavalder bør settes ned til 15 år.

Forslaget om å senke den seksuelle lavalder bygger altså på en erkjennelse av at 15-åringer bør gis tillit til å treffe egne beslutninger om seksualitet, og bygger ikke på et synspunkt om at 15-åringer ikke har behov for lovens beskyttelse. Tvert i mot mener jeg at barns vern mot

⁴⁵ Andenæs, J. ved Andorsen K. (2008) *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Oslo, Universitetsforlaget, s. 153.

⁴⁶ Innstilling fra Straffelovrådet av 17. mars 1960 s. 31

⁴⁷ NOU 1997:23 s. 26-30 og s. 59-65, Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 49-57 og Innst. O nr. 92 (1999-2000) s. 17-18

uønskede seksuelle relasjoner bør rekke lenger enn det gjør i dag. Poenget er at seksuell modenhet er svært individuelt og at seksuell lavalder derfor er lite egnet til å gjenspeile behovet for lovens beskyttelse. Kompetansen til å samtykke til seksuelle relasjoner bør derfor ikke utelukke lovens beskyttelse mot uønskede seksuelle relasjoner.

Straffeloven inneholder allerede flere generelle bestemmelser som straffer seksuelle handlinger ved såkalte overmaktsforhold, jf. eksempelvis § 193 som straffer den som skaffer seg seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold. Likevel er det etter min mening behov for en regel som beskytter barn mot seksuelle relasjoner der det foreligger et overmaktsforhold på grunn av overlegenhet i alder og erfaring. Etter min mening bør det derfor innføres en regel som forbyr grov seksuell utnytting av barn under 18 år, slik det er gjort i Danmark og Island. Jeg vil foreslå at regelen har følgende ordlyd:

Den som ved grovt misbruk av egen overlegenhet i alder og erfaring skaffer seg seksuell omgang med noen under 18 år, straffes med fengsel inntil ... år.

Regelen vil gi et mindre skarpt skille enn den seksuelle lavalder setter i dag, og dermed anerkjenne at seksuell modenhet er svært individuelt, og vanskelig kan avgrenses til en bestemt alder. Samtidig vil aldersvilkåret gi et signal om at seksuell omgang i utgangspunktet ikke er akseptert mellom voksne og barn, og at en senking av den seksuelle lavalder til 15 år ikke medfører noen endring i så måte.

4.4 Bør straffritaksregelen beholdes slik den er i dag?

Straffeloven §§ 195 og 196 begge fjerde ledd bruker vilkåret ”jevnbyrdighet” for å trekke opp grensen for anvendelse av straff, men med en sikkerhetsventil i begge retninger basert på et ”kan”-skjønn. Loven lar dommeren stå rimelig fritt, både i forhold til vurderingen av hvorvidt partene er ”jevnbyrdige” i alder og utvikling, men også ”kan”-skjønnets forutsetter en konkret vurdering av om straff bør komme til anvendelse. Avgjørelsen av om straffritaksregelen kommer til anvendelse forutsetter altså skjønnsmessige vurderinger av tre vilkår, i to ledd.

Fordelen med skjønnsmessige bestemmelser er at de kan tilpasses samfunnsendringer og konkrete forhold. Bestemmelser som overlater mye skjønn til dommerens vurdering er derfor svært egnet på områder hvor samfunnssynet er i konstant endring. Dette er også årsaken til at straffritaksregelen etter 50 år fortsatt er egnet til å regulere seksuell omgang mellom ungdommer.

I lys av legalitetsprinsippet er det imidlertid problematisk å overlate så mye skjønn til dommeren. Hovedhensynene bak legalitetsprinsippet; rettssikkerhet og forutberegnelighet setter krav om at man skal vite hva man straffes for, slik at man ikke straffes vilkårlig. I Rt. 1933 s. 212 la Høyesterett til grunn at ”borgere ha[r] krav paa at faa klar beskjed om, hvad de kan straffes for” (s. 213).

I forarbeidene til straffeloven 2005 ble det diskutert å omformulere straffritaksregelen, ved å bytte ut ordlyden ”kan” med ”skal”, slik at straff ikke kommer til anvendelse når partene er jevnbyrdige i alder og utvikling (se kap. 3.4).⁴⁸ Endringen ville medført at vurderingen i

⁴⁸ Ot.prp.nr.28 (1999-2000), pkt. 6.3.4.

vesentlig mindre grad var overlatt til dommerens skjønn, og dermed i større grad ivarett legalitetsprinsippet. En viktig negativ virkning ville imidlertid være at retten til straffritak ville omfattet åpenbart straffverdige forhold, dersom dommeren var avskåret fra å foreta en konkret vurdering av hvorvidt straff burde komme til anvendelse. Alders- og utviklingsvilkåret tar ikke hensyn til konkrete omstendigheter ved saken, slik at 16-17 åringer i praksis kunne utnyttet barn helt ned i 13-års alderen, uten risiko for straff, dersom "kan"-skjønnnet ble erstattet med en automatisk rett til straffriak. "Kan"-skjønnnet utgjør altså en sikkerhetsventil for dommeren når forholdet er straffverdig, tross partenes jevnbyrdighet i alder og utvikling, jf. feks. Rt. 2013 s. 734, Rt. 2011s. 1428 og Rt. 2010 s. 669. Den konkrete vurderingen av hvorvidt straff bør komme til anvendelse gir dermed ungdommer et vern, også mot seksuell utnytting fra jevnaldrende. Etter mitt syn bør derfor "kan"-skjønnnet videreføres.

Også vilkårene "jevnbyrdighet i alder og utvikling" er fleksible, og kan i teorien tolkes i tråd med oppfatningen i samfunnet. Praksis viser likevel at jevnbyrdighet i alder er tolket såpass strengt at straffritak har vært uaktuelt på grunn av partenes alder, selv om forholdene for øvrig taler mot straff, jf. eksempelvis Rt. 2004. s. 1217. At vilkårene er kumulative medfører også at straffritaksregelen heller ikke vil være anvendelig dersom partene er jevnbyrdige i alder, men ikke i utvikling. I teorien kan altså straffritak være uaktuelt på grunn av manglende jevnbyrdighet i utvikling dersom en 16-åring har seksuell omgang med en 15-åring som er umoden for alderen. Etter mitt syn er dette urimelig. En bevisvurdering av partenes jevnbyrdighet i utvikling når det foreligger jevnbyrdighet i alder kan også være krenkende for fornærmede. Denne problemstillingen har imidlertid, så vidt jeg kjenner til, ikke kommet på spissen, og det synes i praksis som om dommeren forutsetter jevnbyrdighet i utvikling når partene er jevnbyrdige i alder. Etter min mening bør det likevel være tilstrekkelig for straffritak at partene er jevnbyrdig *enten* i alder, eller i utvikling, forutsatt at omstendighetene for øvrig taler for straffritak. Jeg mener derfor at alders- og utviklingsvilkåret bør gjøres alternativt. For å understreke at straffritak fortsatt gjelder ved seksuell omgang mellom *ungdommer* bør det likevel innføres en absolutt øvre og nedre aldersgrense. Med utgangspunkt i praksis foreslår jeg at loven angir en nedre aldersgrense på 12 år og en øvre grense på 21 år. Selv om mine forslag til endringer fortsatt i stor grad overlater vurderinger til dommerens skjønn vil en regel som angir klare grenser for straffritaksregelens anvendelsesområdet, i større grad ivareta hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet for borgerne.

4.5 Bør fornærmedes begjæring gjøres til vilkår for offentlig påtale ved overtredelse av strl. §§ 195 og 196.

Overtredelse av strl. §§ 195 og 196 er undergitt ubetinget offentlig påtale, jf. strl. § 77. Ubetinget offentlig påtale er hovedregelen for forbrytelser og innebærer at påtalemyndigheten reiser straffesak uavhengig av fornærmedes ønske. Etter norsk rett er det ingen straffebud hvor påtalen er utelukkende privat. Motsetningen til ubetinget offentlig påtale er derfor betinget offentlig påtale som forutsetter at visse prosessuelle vilkår foreligger for at det offentlige skal kunne reise straffesak. Slike påtalebetingelser kan enten være krav om

begjæring fra den fornærmede, at allmenne hensyn krever påtale, eller en kombinasjon av disse to vilkårene, alternativt eller kumulativt.⁴⁹

De hensyn som taler for å gjøre fornærmedes begjæring til et vilkår for offentlig påtale kan henføres til to grupper. For det første har vi prosessøkonomiske hensyn, og for det andre har vi hensynet til fornærmede selv.⁵⁰ I forarbeidene til straffeloven 2005 nevnes ulike hensyn som taler for å la den fornærmede få innflytelse på påtalespørsmålet, blant annet at det ofte er den fornærmede som har best forutsetning for å forstå hvor alvorlig lovbruddet er, og at det vil være en fordel for den fornærmede å kunne bestemme selv om han eller hun vil påta seg den belastningen en straffesak vil kunne medføre.⁵¹ Ved å la fornærmede ta ansvar for påtalen ville man kunne unngå retterganger som i verste fall innebærer en større krenkelse for fornærmede enn selve rettsbruddet. Seksualitet er noe av det mest private vi mennesker har, og lovgiver og rettsapparat bør være ytterst forsiktig med å blande seg inn der det ikke er behov for samfunnets beskyttelse. Tvert i mot bør systemet så langt det lar seg gjøre verne partene, og da særlig den parten som etter loven er krenket mot unødige og belastende domstolsbehandling.

Selv om det foreligger gode grunner for å gjøre fornærmedes begjæring til et vilkår for offentlig påtale må imidlertid diskusjonen blant annet ta hensyn til straffens formål. Opprinnelig var straffens formål å gi den krenkede erstatning eller oppreisning. Det var da naturlig at det var opp til den krenkede å gjøre straffansvar gjeldende. Etterhvert har straffen også fått et offentlig og allmennpreventivt formål, og i dag blir derfor nesten alle saker reist av den offentlige påtalemyndighet. Ved krav om fornærmedes begjæring etter strl. §§ 195 og 196 vil man dermed ikke unngå å undergrave straffens allmennpreventive formål. Minst like viktig er imidlertid hensynet til fornærmede, som ikke bør ilegges et unødige press. Selv om påtalebegjæring fra det offentlige i praksis forutsetter at fornærmede eller andre gjør påtalemyndigheten kjent med det straffbare forholdet vil det innebære et langt større press på fornærmede dersom vedkommendes begjæring er avgjørende for rettergang. Nettopp av hensyn til press på fornærmede har man i dag gått bort fra krav om fornærmedes påtale ved overgrep i nære relasjoner, jf. eksempelvis strl. § 219 som gjelder vold i nære relasjoner. De samme hensyn gjør seg gjeldende ved overtredelse av strl. §§ 195 og 196 hvor partene i de fleste tilfeller har en mer eller mindre nær relasjon.

Etter mitt syn bør derfor påtalen etter strl. §§ 195 og 196 fortsatt være ubetinget offentlig, først og fremst av hensyn til fornærmede, men også av hensyn til straffens allmennpreventive formål. I praksis blir også hensynet til unødige domstolsbehandling ivaretatt ved at påtalemyndigheten plikter å være lojal mot lovgivers forutsetninger og Høyesterettspraksis, og ikke utferdige tiltaler i tilfeller hvor lovens vilkår for straffritak er tilstede. Holdningen til påtalemyndighetene synes å være at man henlegger, og skal henlegge, på grunn av "jevnbyrdighet" dersom saken ligger innenfor de føringer Høyesterett gir for anvendelsen.⁵² Grensetilfeller kan føre til påtaleunntatelse etter lov 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven) § 69.

⁴⁹ NOU 2002:4, pkt. 7.8

⁵⁰ Andenæs, J. ved Matningsdal, M. & Rieber-Mohn, G.F. (2004) *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, s. 535

⁵¹ NOU 2002:4, pkt. 8

⁵² Mail-korrespondanse med tidligere statsadvokat, Gert Johan Kjelby, 7. april 2014.

4.6 Et kritisk blikk på betegnelsen ”voldtekt” i straffeloven 2005 om seksuell omgang m.v. med barn under 14 år.

Straffeloven 2005 § 299 betegner seksuell omgang m.v. med barn under 14 år som ”voldtekt” (se kap. 2.2). Etter min mening medfører begrepsbruken flere prinsipielle problemstillinger, særlig sett i sammenheng med at loven åpner for straffritak, for samme handling.

Mens formålet med betegnelsen ”voldtekt” i strl. 2005 § 299 er å understreke alvoret i seksuelle overgrep mot barn under 14 år er formålet med straffritaksregelen å fange opp tilfeller lovgiver *ikke* anser straffverdig, blant annet på grunn av partenes jevnbyrdighet. Når loven bruker betegnelsen ”voldtekt” for å understreke handlingens straffverdighet, utgjør det dermed en logisk brist at loven samtidig forutsetter at seksuell omgang med barn under 14 år etter omstendighetene nødvendigvis ikke er straffverdig.

Ved å utvide voldtektsbegrepet til å også omfatte handlinger som etter omstendighetene ikke er straffverdige risikerer man også å undergrave tyngden av begrepet ”voldtekt”. I dag anses voldtekt som en av de mest alvorlige kriminelle handlingene. Lovgiver synes å legitimere bruken av voldtektsbegrepet med at seksuelle overgrep mot barn også regnes som en av de mest alvorlige kriminelle handlinger. Problemet oppstår imidlertid når ”voldtekt” også anvendes på tilfeller hvor det i realiten ikke har skjedd noe overgrep, men hvor handlingen tvert i mot kvalifiserer til straffritak. Skal voldtektsbegrepet fortsatt beholde sin tyngde bør begrepet derfor kun anvendes på de mest straffverdige handlingene, og ikke på handlinger som etter omstendighetene ikke anses straffverdig.

For det tredje kan det hevdes at det prinsipielt er problematisk å kun anvende voldtektsbegrepet i relasjon til barn under 14 år, når loven forutsetter at ingen under 16 år er samtykkekompetent til å inngå seksuelle relasjoner. I forarbeidene begrunner lovgiver innføringen av begrepet ”voldtekt” med et ”behov for sterkere understrekning av at barn under den seksuelle lavalder ikke kan samtykke i seksuell omgang”.⁵³ Lovgiver mener altså at barn under 16 år ikke er kompetent til å samtykke til seksuell omgang, men har samtidig valgt å reservere begrepet ”voldtekt” for barn under 14 år. Lovgiver viser imidlertid i tillegg til at voldtektsbegrepet også kan oppfattes som en betegnelse av de mest alvorlige seksuelle overgrepene.⁵⁴ Denne differensieringen kan synes fornuftig ut fra lovens system med ulike strafferammer, som bygger på at seksuell omgang med barn under 14 år er mer straffverdig enn seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. Det lovgiver imidlertid synes å ha oversett er at en 15-åring etter straffeloven 2005 kan bli skyldig i voldtekt for seksuell omgang med en 13-åring, til tross for at 15-åringen selv er beskyttet etter loven mot å samtykke til seksuelle relasjoner. Etter min mening er dette både ulogisk og uheldig.

Også svensk og dansk rett bruker begrepet voldtekt om seksuell omgang med mindreårige. Mens svensk rett karakteriserer seksuell omgang med enhver under seksuell lavalder (15 år) som voldtekt, foretar dansk straffelov en differensiering ut fra den mindreåriges alder, slik det også gjøres i den norske straffeloven av 2005. I Danmark har man imidlertid valgt å trekke grensen lavere, og begrepet ”voldtekt” brukes om *samleie* med barn under 12 år.⁵⁵ I norsk rett

⁵³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 243.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 243.

⁵⁵ Dansk straffelov § 216 stk. 2.

viser praksis at Høyesterett aldri har anvendt straffritaksregelen ved seksuell omgang med barn under 13 år. I relasjon til barn under 12 år har regelen heller aldri vært påberopt. Når barnet er under 12 år vil det neppe være naturlig å anse partene som jevnbyrdige, og omstendighetene for øvrig vil trolig også tale for straff. Det er derfor etter min mening hensiktsmessig å reservere begrepet "voldtekt" for seksuell omgang med barn under 12 år, slik man har gjort i Danmark.

5 Konklusjon

Etter norsk rett er det straffbart å ha seksuell omgang med noen under 16 år, jf. strl. §§ 195 og 196. Når det gjelder den strafferettslige bedømmelse av seksuell omgang mellom ungdommer gir imidlertid bestemmelsenes fjerde ledd mulighet for straffritak når partene er jevnbyrdige i alder og utvikling og det ikke foreligger omstendigheter som tilsier at handlingen straffes. I praksis gis det som hovedregel straffritak ved frivillig seksuell omgang, mellom likeverdige parter når det er mindre enn 3 års aldersforskjell mellom partene. Noe større aldersforskjell godtas når fornærmede er nærmere 16 år, eller er spesielt moden for alderen.

Formålet med seksuell lavalder som rettslig utgangspunkt, men med en skjønnsmessig adgang til straffbortfall er å ivareta både barns behov for beskyttelse, og ungdommers behov for seksuell utforskning med jevnaldrene, uten risiko for straff. Etter mitt syn går likevel loven for langt i å beskytte barn mot seksuelle overgrep, på bekostning av hensynet til at straff bare bør brukes der tungtveiende grunner taler for det. Straffritaksregelens eksistens beviser at lovgiver i utgangspunktet ikke anser seksuell omgang mellom jevnaldrende ungdom som straffverdig, selv om den ene parten er under seksuell lavalder. Når straffritaksregelen kom inn i loven i 1963 var likevel moraloppfatningen nokså konservativ, og adgangen til straffritak ble ansett å være relativ snever. Siden den gang har det skjedd en liberal utvikling i synet på seksualitet og i dag eksisterer det store variasjoner i synet på seksualitetens rammer og debyalder. I den senere tid er det lagt til grunn i forarbeider og i rettspraksis at formålet med den seksuelle lavalder primært er å virke som et vern mot seksuell omgang med voksne. Dagens samfunnsforhold og moraloppfatning taler dermed for at den enkelte i større grad gis ansvar for egne valg. Hensynet til konkret rimelighet og sammenheng i rettssystemet taler også for at den seksuelle lavalder settes i tråd med den strafferettslige lavalder. Med utgangspunkt i dette mener jeg at den seksuelle lavalder bør senkes til 15 år. Det er imidlertid stor forskjell mellom retten til å samtykke til frivillige seksuelle relasjoner, og behovet for beskyttelse mot uønsket seksuell adferd. Derfor mener jeg at det bør innføres en regel som forbyr grov seksuell utnyttning av barn. Regelen bør gjelde i relasjon til barn under 18 år, og på den måten skape et mindre skarpt skille enn den seksuelle lavalder gjør i dag, noe som vil illustrere at seksuell modenhet vanskelig kan avgrenses til en bestemt alder.

Ved å senke den seksuelle lavalder til 15 år vil de fleste tilfeller hvor straffritak i dag er aktuelt, regnes som lovlige handlinger. Det er likevel en betydelig andel som debutterer før de fyller 15 år, slik at det vil være behov for å videreføre straffritaksregelen. Etter min oppfatning praktiseres imidlertid aldersvilkåret i dag så strengt, at det noen ganger fører til urimelige domfellelser. Det bør derfor være tilstrekkelig for straffritak at partene *enten* er jevnbyrdige i alder *eller* i utvikling, forutsatt at omstendighetene for øvrig ikke tilsier straff. Når alder ikke lenger er et selvstendig vilkår for straffritak må likevel loven understreke at straffritak kun gjelder i relasjon til ungdommer, som etter mitt syn bør defineres som personer mellom 12 og 21 år.

Når det gjelder påtalen for overtredelse av strl. §§ 195 og 196 bør denne fortsatt være ubetinget offentlig, først og fremst av hensyn til fornærmede, men også av hensyn til straffens allmennpreventive formål. Til slutt mener jeg at begrepet "voldtekt" bør reserveres for barn under 12 år. Ved å kun anvende begrepet "voldtekt" i relasjon til barn under 12 år unngår man den logiske bristen ved at straff kan falle bort på grunn av manglende straffverdighet for handlinger som etter straffeloven 2005 karakteriseres som "voldtekt".

6 Litteraturliste

Bøker

Andenæs, J. ved Matningsdal, M. & Rieber-Mohn, G.F. (2004) *Alminnelig strafferett*, 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget.

Andenæs, J. ved Andorsen, K. (2008) *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Oslo, Universitetsforlaget.

Andenæs, M.H. (2009) *Rettskildelære*. Oslo, M.H Andenæs forlag.

Asp, P. (2010) *Sex & samtykke*. Uppsala, Iustus Forlag, s. 19.

Eckhoff, T. ved Helgesen, J.E (2001) *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget.

Matningsdal, M. (2010) *Norsk spesiell strafferett*. Bergen, Fagbokforlaget.

Mæland, H.J. (2012) *Norsk alminnelig strafferett*. Bergen, Justian A.S.

Tidsskrift

Nils Jareborg (2006) *Inkast i straffområdet*, Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 103, Uppsala: Iustus förlag.

Artikler

Nissen, O.H. (1936) *Ved samme handling både offer og forbryder. Straffeloven § 196 en ufullstendig lovbestemmelse*. Rettstidende 1936 s. 210.

Norske lover

Lov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)

§ 43

§ 46

§ 77

§ 192

§ 195

§ 196

§ 200

§ 201

§ 201a

§ 219

Lov 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven)

§ 69

Lov 12. juni 1987 nr. 51 (endringslov til straffeloven 1902)

Lov 11. august 2000 nr. 76 (endringslov til straffeloven 1902)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven)

§ 291

§ 299

§ 300

§ 301

§ 302

§ 303

§ 304

§ 305

§ 306

§ 307

§ 308

Lov 25. juni 2010 nr. 46 (endringslov til straffeloven 1902)

Utenlandske lover

Strafflag av 19. desember 1889/39 (finsk straffelov), kap. 20 §§ 6 og 7a.

Den islandske borgerlige straffelov nr. 19, 1940 med senere endringer, pr. 1. juli 2009, § 202.

Brottsbalken av 21. desember 1962, 1962:700 (svensk straffelov), kap. 6 §§ 4 og 14.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (spansk straffelov), art. 183 (1).

Dansk straffelov; bekendtgørelse af straffeloven, LBK nr. 1028 af 22. august 2013, §§ 222 og 223.

Lovforarbeider

Innstilling fra straffelovsrådet om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten, avgitt 17. mars 1960.

Om endring av straffelovens bestemmelser om 1) Forbrytelser mot sedeligheten og 2) forbrytelser og forseelser i sjøfartsforhold, Ot.prp. nr. 40 (1961-62).

Seksuallovbrudd, NOU 1997:23.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd), Innst. O nr. 92 (1999-2000).

Om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd), Ot.prp. nr. 28 (1999-2000).

Ny straffelov, Straffelovskommisjonens delutredning VII, NOU 2002: 4.

Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28, Ot.prp. nr. 22 (2008-2009).

Domsregister

Rt. 1933 s. 212

Rt. 1964 s. 122

Rt. 1965 s. 939

Rt. 1977 s. 895

Rt. 1981 s. 1084

Rt. 1990 s. 1217

Rt. 1994 s. 1000

Rt. 1994 s. 1032

Rt. 2002 s. 785

Rt. 2003 s. 442

Rt. 2003 s. 841

Rt. 2004 s. 1275

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 1651

Rt. 2010 s. 669

Rt. 2011 s. 1428

Rt. 2013 s. 734

LF-2003-11171

LE-2010-62224

LB-2007-69700

Nettadresser

Folkehelseinstituttet sine nettsider, Rapport fra seksualvaneundersøkelsene i 1987, 1992, 1997 og 2002, <http://www.fhi.no/dokumenter/917F03B512B94037B579FDF6F4631EF5.pdf> av. 7. april 2014.

Statistisk sentralbyrå sine nettsider, http://www.ssb.no/a/kortnavn/a_krim_tab/, av. 20. april 2014.

Statistisk sentralbyrå sine nettsider, <http://www.ssb.no/befolkning/statistikker/folkemengde>, av. 20. april 2014.

Annet

Mail-korrespondanse med tidligere statsadvokat, Gert Johan Kjelby, 7. april 2014.

Hennum, Ragnhild, *Seksuelle overgrep mot barn - Omfang og rettsapparatets betydning*, 16.03.2004 : Rapport på oppdrag for redd barna, s. 40.

Riksadvokaten – Rapport, Statsadvokatmøtet 2011, 01.06.2011, RA-2010-168, s. 1.

2011-06-01 Statsadvokatmøtet 2011 – oppsummering.